

TUTELA ANTECIPATÓRIA¹

PATRICIA MIRANDA PIZZOL

*Advogada e Professora de Direito Processual Civil na PUC-Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo e na Faculdade de Direito de Bauru-ITE*

1 – ARTIGO 273 DO CPC

Com o advento da Lei nº 8.952/94, o art. 273 passou a apresentar a seguinte redação:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

¹ Palestra proferida junto à Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Itatiba-SP, em 16 de setembro de 1997.

§ 3º. *A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos inc. II e III do art. 588.*

§ 4º. *A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

§ 5º. *Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.*

2 – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A denominação que lhe dá a lei é de *tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito*.

A utilização da expressão *tutela antecipada*, como afirma o professor Arruda Alvim, *revela que poderá ser concedida a própria tutela, tal como constante no pedido, acolhendo-o totalmente ou em parte, e que poderá ser concedida antes do momento normal para a sua concessão*.²

Tem natureza jurídica de execução *lato sensu* – a tutela antecipada satisfaz, no mundo dos fatos, vez que enseja a realização do direito, *dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento*.³

O objeto da tutela de que trata o art. 273 do CPC é a entrega, antecipada, ao autor, total ou parcial, da própria pretensão deduzida em juízo ou dos seus efeitos (lembre-se que, sendo concedida antecipadamente a tutela, o processo prosseguirá no seu curso normal, até a prolação da sentença).

A tutela antecipada deve corresponder ao pedido, por força do princípio dispositivo e do princípio da congruência entre o pedido e a sentença (arts. 2º., 128, 460, do CPC), cumprindo ao juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta.

² Arruda Alvim, *Tutela Antecipatória*, in Reforma do Código de Processo Civil, 1ª. ed. Saraiva, São Paulo, 1996, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pp. 77-112, esp. 88-9.

³ Nelson Nery & Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª. ed., RT, São Paulo, 1996, p. 689.

2.1. FINALIDADE

Segundo Antônio Raphael Silva Salvador, a finalidade do instituto é agilizar a prestação jurisdicional, buscando sistemas processuais que representem uma tutela jurisdicional diferenciada,⁴ tendo em vista que: *o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas.*⁵

A demora na entrega da prestação jurisdicional pode ser prejudicial à satisfação do direito pleiteado pelo jurisdicionado, podendo, inclusive, inviabilizar a tutela deste.

Vale transcrever as palavras do Professor Gilson Delgado Miranda, acerca da questão, em artigo relativo ao sistema cautelar brasileiro: *É evidente que o Estado, para prestar a tutela jurisdicional, precisa conhecer minudentemente os fatos; isto demanda tempo, que depende invariavelmente do procedimento adotado. Esta demora, aliás de todo aceitável, pode ser prejudicial à satisfação do direito reclamado; e, por certo, as consequências materiais e jurídicas da morosidade não devem ser suportadas por quem tinha razão para litigar, mas por aquele que infundadamente sustentou a pretensão contrária.*⁶

Segundo o Professor Arruda Alvim, *a hipótese do inc. I é filiada a claras motivações das cautelares satisfativas, que sempre guardaram forma reversível, informadas pela urgência (por uma urgência concretizada e específica, defluente da situação do autor, envolvendo a sobrevivência ou a utilidade de sua pretensão), ao passo que a hipótese do inc. II é informada pelo objetivo de agilizar os processos de uma forma geral, somada à circunstância de evidenciar-se, pela defesa, a carência de seriedade desta.*⁷

⁴ Donaldo Armelin, *apud* Antônio Raphael Silva Salvador, *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 49.

⁵ Carnellutti, *apud* Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do CPC*, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 138.

⁶ Gilson Delgado Miranda, art. cit., p. 174.

⁷ Arruda Alvim, ob. cit., p. 78.

E continua o autor: *Há, nos últimos tempos, no Brasil, de uma forma especial, uma tendência acentuada de, por intermédio da lei - na medida em que esta pode realmente constituir uma variável em favor da celeridade do processo, especialmente com vistas à satisfação do autor - engendrarem-se institutos com a finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão. A decisão proferida dentro de um sistema, mais célere, em que se prescindia de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma Justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal (...) Ao lado da desejável aspiração geral à celeridade da Justiça, tornou-se muito mais aguda a necessidade de tutelas de urgência, em nossa civilização (industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de emergência), pelos multiformes danos que podem ocorrer (...).*⁸

Acrescente-se, ainda, as palavras do Professor Gilson Delgado Miranda: *A tutela antecipatória deve ser aceita como instrumento eficaz à realização do direito consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, isto é, inafastabilidade da lesão de direito individual à apreciação do Poder Judiciário, sem qualquer relação com as medidas cautelares, pois, na hipótese, não se assegura a viabilidade e utilidade do processo principal, mas sim o exercício do próprio direito.*⁹

3. REQUISITOS

3.1 – Caput do artigo 273

Antes de tratarmos do requisitos necessários à tutela antecipatória, cumpre-nos observar que o art. 273 contém vários conceitos vagos ou indeterminados. Segundo o Professor Arruda Alvim, foi necessária a utilização de tais conceitos, *dado que, se*

⁸ Idem, pp. 83-85. Segundo o autor, a expressão *precipitar no tempo* foi utilizada em razão do prosseguimento do processo após a decisão, o qual deverá comportar, ao final, uma sentença, nos termos do art. 273, § 5º.

⁹ Gilson Delgado Miranda, *Sistema Cautelar Brasileiro e Sistema Cautelar Italiano*, in Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino, nº 14 abril a julho de 1996, p. 183.

*se houvesse servido de outra linguagem ou de outra técnica (precisa, casuística e minuciosa), certamente não se lograriam resultados úteis.*¹⁰

E continua o Professor Arruda Alvim: *A circunstância de ter o legislador se utilizado de diversos conceitos vagos (e expressões proporcionadoras de ampla possibilidade de interpretação), os quais, ademais, para a correta aplicação da lei, deverão vir a ser conjugados, torna complexa a interpretação e a aplicação de tais textos, além do que se teria conferido larga margem de poder ao juiz. No entanto, não se deverá dizer que o juiz haverá de aplicar tais conceitos vagos discricionariamente*¹¹*(...) Na hipótese do art. 273, não há que se cogitar de discricionariedade, portanto, senão que da interpretação de conceitos vagos e da interpretação de expressões que ensejam dificuldade*¹²*, para determinar-se a delimitação correta do seu campo de abrangência. Por mais complexa que seja a interpretação de tais conceitos, comportam eles revisão por recursos, inclusive, por recurso especial, pois que, no fundo, trata-se, pura e simplesmente, de verificar se a lei foi interpretada corretamente.*¹³

De acordo com o disposto no *caput* do artigo em questão, o juiz *poderá* conceder a tutela antecipatória dos efeitos da sentença (total ou parcialmente), desde que a parte requeira e ainda, desde que esteja diante de prova inequívoca que o conduza à convicção acerca da verossimilhança da alegação do autor e, mais ainda, desde que presentes os demais requisitos elencados nos incs. I e II e § 2º do referido dispositivo legal.

Primeiramente, há de se ler o *poderá* como *deverá*, desde que presentes os requisitos legais para tanto.

Embora a expressão poderá, constante do CPC, 273, caput, possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade,

¹⁰ Arruda Alvim, ob. cit., pp. 107-108.

¹¹ Ressalte-se que discricionariedade se refere a atos da Administração Pública (quem faz a verificação da conveniência e oportunidade), não sendo próprio utilizar-se tal denominação em se tratando de atos jurisdicionais.

¹² Preenchimento de conceitos indeterminados.

¹³ Arruda Alvim, ob. cit., pp. 109-110.

*constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente (...) O que o sistema não admite é o fato de o juiz, convencendo-se de que é necessária a medida e do preenchimento dos pressupostos legais, ainda assim negue-a.*¹⁴

Ressalte-se que, de acordo com o preceito contido no § 1º do art. 273, cumpre ao magistrado motivar sua decisão, ou seja, estando ele convencido acerca da presença dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, deve esta ser concedida mediante a exposição dos fundamentos que levaram-no ao convencimento; da mesma forma, entendendo estarem tais requisitos ausentes, cumpre ao juiz negar a medida, dando os motivos do indeferimento. Trata-se, a rigor, da necessidade de motivação das decisões de princípio constitucional (art. 93, inc. IX, da CF/88), com o qual se coaduna o preceito contido no art. 131 do CPC.

Registre-se, ainda, que a tutela antecipada pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, devendo para tanto, o juiz proferir decisão motivada, à luz do § 4º do art. 273. Ver observações feitas acerca da preclusão *pro judicato*.

Dentre os requisitos para a concessão da tutela, temos:

a) não pode ser concedida a tutela antecipatória de ofício, ou seja, é imprescindível o requerimento do autor (princípio dispositivo).

*É vedado ao juiz conceder ex officio a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do CPC, 273, caput. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida.*¹⁵

Vale lembrar que a medida pode ser concedida liminarmente ou no curso da demanda e ainda, que pode ser concedida sem a oitiva do réu, nas hipóteses em que a citação deste puder tornar

¹⁴ Nery & Nery ob. cit., p. 691.

¹⁵ Nery & Nery, ob. cit., p. 690.

ineficaz a medida ou quando a urgência indicar a necessidade da concessão imediata da tutela. Nesse caso, o contraditório será diferido para momento posterior, mas nem por isso se poderá afirmar a ocorrência de violação ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa.

*Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera pars, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. Se, para a concessão da liminar, o juiz entender necessário, designará audiência de justificação prévia. Para ela deverá ser citado e intimado o réu, salvo se o conhecimento do réu puder tornar ineficaz a medida. Neste caso, a audiência de justificação prévia será realizada apenas com a presença do autor e seu advogado.*¹⁶

A concessão, quando no curso do processo (na hipótese de a tutela não ter sido concedida liminarmente), deve-se dar antes da sentença¹⁷. Ressalte-se que, na hipótese do inc. II do art. 273, a medida será concedida sempre no curso do processo, pois será posterior à contestação (v. p. 13, nota 29, *infra*).

Há, ainda, um problema a ser analisado - a negação da tutela implica em preclusão *pro judicato*? Segundo o Professor Arruda Alvim, sim:¹⁸ *Se a antecipação da tutela for negada, pensamos que ocorre preclusão, pois, da mesma forma que ao juiz não é dado rever a tutela concedida, modificando-a por erro,*

¹⁶ Nery & Nery, *ob. cit.*, p. 691.

¹⁷ Consoante asseveram os Professores Nery & Nery, *proferida a sentença, não há mais interesse processual na obtenção da medida antecipatória da tutela, porque apreciada definitivamente a pretensão. Pode ser, entretanto, que o autor tenha sentença a seu favor mas haja necessidade de obter a execução dos efeitos da mesma sentença. Neste caso, é possível requerer a própria tutela concedida na sentença, ou seus efeitos, com força de verdadeira execução provisória (CPC, 587 e 588). Se já foi interposto recurso, recebido no efeito suspensivo, a competência para a concessão da tutela será sempre do tribunal, pois a matéria impugnada restou devolvida ao conhecimento do tribunal, saindo da esfera de competência do juiz. Incide, por extensão, o CPC, 800, parágrafo único, na redação dada pela L. n° 8.952/94 (ob. cit., p. 693). O pedido será feito ao relator, nos termos do art. 558 do CPC.*

¹⁸ Arruda Alvim, *ob. cit.*, pp. 98 (nota 36) e 102 (nota 43).

*igualmente, se foi negada, deve, por causa da preclusão, subsistir essa negativa. Para obviar a preclusão, necessário será, se for solicitada novamente, que o seja por novo fundamento (aplica-se analogicamente a regra do art. 808, parágrafo único, do CPC) (...) Parece-nos que a modificação ou a revogação somente deverá dar-se diante de pedido lastreado em fato(s), superveniente e não porque o juiz haja errado. Esta é uma situação, no âmbito das medidas cautelares, ainda controvertida, mas, tanto nessas quanto na tutela antecipatória, o que nos parece é que comparece o instituto da preclusão. Mas é evidente que não há que se falar em preclusão, diante da verificação ou da ocorrência de fatos supervenientes. Tem prevalecido na jurisprudência entendimento diferente, no sentido de que não se verifica, na hipótese, a preclusão *pro judicato*;*

b) o que se antecipa são os efeitos da sentença e não o provimento de mérito (sentença de procedência a que visa o autor), de acordo com o disposto no art. 273, entendendo a doutrina que a expressão *efeitos da sentença* tem maior amplitude do que o provimento;¹⁹

c) o autor precisa demonstrar a verossimilhança das afirmações que deduz em juízo e, para tanto, precisa comprovar tais fatos (prova inequívoca).

A prova inequívoca, a que se refere o dispositivo legal, diz respeito ao fato título do pedido (causa de pedir)²⁰, *tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional. Quanto ao adjetivo inequívoca, deve-se entender como aquela hábil a ensejar, no espírito do julgador, convicção acerca da*

19 Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o que se antecipa é o próprio provimento: *A lei fala em antecipar ... os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, jurisdicional é a proteção em si mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz. Beneficiar-se de efeitos antecipados, como está na letra do art. 273, é precisamente, beneficiar-se da tutela antecipada. Por isso é que neste estudo se vai falando em antecipação da tutela, fórmula dotada de mais simplicidade do que a antecipação dos efeitos da tutela (A Reforma do Código de Processo Civil, 1º ed., Malheiros, São Paulo, 1995, p. 140).*

20 Nery & Nery, ob. cit., p. 691.

verossimilhança do referido fato (se o magistrado fosse julgar naquele momento, com os elementos constantes dos autos, ele julgaria favoravelmente ao autor; não se há que falar em prejulgamento, porque a hipótese é de cognição sumária, superficial e a decisão não é definitiva).

Conforme afirma o Professor Nelson Nery Jr., *para conciliar as expressões prova inequívoca e verossimilhança; aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de probabilidade, mais forte do que verossimilhança mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que o fumus boni iuris, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro. Havendo dúvida quanto à probabilidade da existência do direito do autor, deve o juiz proceder a cognição sumária para que possa conceder a tutela antecipada.*²¹

Sustenta o Professor Arruda Alvim, com relação ao conceito de prova inequívoca e verossimilhança: (...) *a tutela antecipatória é uma antecipação dos possíveis (muito possíveis) efeitos que virá ter a sentença favorável ao autor. Conseqüentemente, ainda que seja uma decisão eficaz, poderá ela ser revogada ou modificada, para o que, de resto, sequer há necessidade de percurso, porque inócurre preclusão (art. 273, § 4º.) (...) disso se segue que a segurança emergente da prova que haja servido de base a uma tal decisão carrega uma certeza menor do que aquela emergente da prova que sirva de base à sentença final, propriamente dita. A decisão antecipatória é alterável pelo próprio órgão prolator, ao passo que a sentença final não o é, de regra. Sendo assim, o grau de estabilidade da decisão antecipatória de tutela é menor do que a da sentença. Isto quer dizer que o grau de convicção que deve gerar a prova, que sirva de base a uma sentença, é necessariamente maior do que aquele que gerará a aludida prova inequívoca. O grau de convicção desta é, em princípio, menor do que aquele que gerará a prova que servirá de base a uma*

21 Idem, p. 693.

*sentença, necessariamente. De outra parte, ainda, se a prova inequívoca segue-se verossimilhança, é evidente, pela conjugação desses dois termos, que o grau de certeza daquela emergente será suficiente se gerar verossimilhança. Já a prova que serve de base à sentença gerará a verdade. Possível e comum mesmo será, todavia, que o resultado da prova produzida, no momento da sentença, confirme inteiramente a verossimilhança existente quando da outorga da tutela antecipatória. Por isso, as expressões prova inequívoca significam, apenas, que o juiz, para conceder a tutela, deverá estar firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada pelo autor e, bem assim, da juridicidade da solução pleiteada.*²²

Segundo Nery & Nery, a medida deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes, tendo em vista que como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo.²³

Lembre-se que, estando o juiz diante de prova inequívoca, que conduz à verossimilhança, mas sendo a defesa do réu plausível, havendo a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação para o autor, terão de ser sopesados as duas posições – do autor e do réu – pelo magistrado, a fim de que este decida acerca da concessão ou não da medida.

Nesse sentido, se manifesta o Professor Arruda Alvim: *Um critério de que o juiz poderá servir-se aquele em que sopesa a proporcionalidade entre as posições do autor e do réu (...) É o critério-limite inserto no art. 401, I, do CPC português, encartado na disciplina das medidas cautelares.*²⁴ Dispõe o Código português: *salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar*; há regra semelhante também no

²² Arruda Alvim, ob. cit., p. 111.

²³ Nery & Nery, op. cit., p. 693.

²⁴ Arruda Alvim, ob. cit., p. 100.

direito inglês: *há de examinar-se a situação de concessão da tutela ao autor, tendo em vista a hipótese imaginada de o réu sair-se o vencedor no juízo de mérito.*²⁵

3.2 – Inciso I do artigo 273

Além de cumprir os requisitos acima, o autor tem, ainda, que demonstrar tratar-se da hipótese prevista no inc. I ou II do art. 273 (os requisitos são alternativos; referem-se a situações distintas e não cumulativas entre si). Para que se enquadre na primeira hipótese, faz-se mister comprovar a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se do chamado *periculum in mora*.

Vale lembrar que a urgência exigida para a concessão da tutela antecipatória não tem o condão de transformar a medida que tem natureza executiva *lato sensu* (satisfativa) em medida cautelar, muito embora esse perigo seja o mesmo exigido para a concessão de qualquer medida cautelar.²⁶

*As expressões de que se utilizou o legislador sugerem a idéia de que, demorando-se o autor para obter a sentença (no pressuposto de que fosse proferida depois da audiência), ou mesmo com julgamento antecipado, e, em ambos os casos, depois do julgamento do recurso, quando, só então, os seus efeitos poderão tornar-se concretos, isto não se revelará de utilidade para o autor, ainda que o vencedor (...) Diferentemente as medidas cautelares, ainda que ditas satisfativas, cujo conteúdo pode ser amplo e variado, não são necessariamente coincidentes com o pedido do processo principal; ou, ao menos, o juiz, agindo ao influxo da regra do art. 798 do CPC, tem ampla liberdade criativa para adequar a tutela ao caso concreto.*²⁷

Trata-se de hipótese de *uma urgência agônica, a qual justifica a procedência do pedido (se verossímil), total ou parcialmente,*

²⁵ *Apud* Arruda Alvim, ob. cit., pp. 100-101, nota 41.

²⁶ Nery & Nery, ob. cit., p. 694.

²⁷ Arruda Alvim, ob. cit., pp. 111-112.

*sob pena de inocuidade da procedência somente ao depois da sentença, e do julgamento dos recursos, com efeito suspensivo.*²⁸

3.3 – Inciso II do artigo 273

3.3.1 – Abuso do direito de defesa

Há também a possibilidade de concessão da tutela antecipatória, quando, após a resposta do réu, verifica o juiz ser a defesa infundada, configurando-se o que a lei chama de *abuso do direito de defesa*.

Quanto ao pedido de antecipação liminar, na inicial, fundado no art. 273, II, do CPC, manifestam-se Nery & Nery: *Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC, 273, II, autorizando a antecipação. Em tese, é admissível o pedido liminar fundado no inc. II, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento.*²⁹

3.3.2 – Manifesto propósito protelatório

Também após a defesa do réu, pode ser concedida a tutela antecipatória, se o juiz verificar que esta tem propósito manifestamente protelatório, visando o réu apenas à procrastinação do feito, ou seja, se o réu impuser uma resistência injustificada ao andamento do processo. Verifica-se, nesse caso, nas palavras do Professor Arruda Alvim, *a inocorrência de um contraditório sério, cuja não seriedade decorreu das alegações e do comportamento do réu; ou então, uma resistência ao*

²⁸ Arruda Alvim, ob. cit., p. 97.

²⁹ Nery & Nery, ob. cit., p. 694.

*andamento do processo, que não mais se justifica, plausivelmente.*³⁰

Lembre-se que *tanto o abuso do direito de defesa, quanto uma resistência incabível, podem apresentar-se cumulativamente no mesmo comportamento do réu.*³¹

4. DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E A MEDIDA CAUTELAR

4.1. Cautelares – requisitos/poder geral de cautela

Trata-se o processo cautelar de um *terceiro gênero da tutela jurisdicional*, considerando-se as demais espécies – cognitivo e executivo, que apresenta características peculiares – provisoriedade, instrumentalidade, acessoriedade e dependência – exigindo a lei, para a concessão da medida requerida, liminarmente, a presença de dois requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

*Daí, claro está que (...), como um terceiro gênero da tutela jurisdicional, será sempre considerado provisório*³² *(tendo em vista o fim a ser atingido), instrumental (porque visa a uma outra função), acessório (do processo principal) e dependente (existe em atenção ao possível resultado favorável a ser obtido).*³³

Diz-se, assim, que a cautelar deve guardar relação lógico-jurídica com a ação principal da qual ela se faz acessória.³⁴

Não coincidem, necessariamente, o objeto do processo cautelar e o do processo principal, destinando-se aquela tão-somente a assegurar o bem da vida a ser discutido na ação principal, a fim de que a prestação jurisdicional não se torne inócua. Nesse sentido,

³⁰ Arruda Alvim, ob. cit., pp.92-93.

³¹ Arruda Alvim, ob., cit. p. 93.

³² Diz-se provisório porque a lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) – lesão ou ameaça – será apreciada no processo principal (conhecimento ou execução).

³³ Gilson Delgado Miranda, ob. cit., p. 174.

³⁴ Nery & Nery, p. 1138.

vale transcrever as palavras do Professor Arruda Alvim: *Não é verdadeiro, portanto, que o possível objeto (ao menos no plano do direito) de uma medida cautelar seja necessária e juridicamente igual ao do processo principal (...) a cautelar é concedida sob um fundamento, e a principal – se o resultado empírico for similar àquele da concessão da cautelar (...) – sob outro fundamento, diferente. E isto se verifica diante da circunstância de que, inócua essa cautelar, a solução prática do processo principal, supondo-se vitória do autor (e requerente da cautelar), resultaria inócua, ou ponderavelmente inócua.*³⁵

Afirmam os Professores Nery & Nery: *A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado os seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC, 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor).*³⁶

No mesmo sentido são as palavras de Antônio Raphael Silva Salvador: *(...) a tutela antecipada da pretensão formulada não é medida cautelar, não visando a garantir o resultado prático da ação e nem a proteger o direito do autor, ainda dependente de julgamento final e que poderia perecer ou sofrer dano irreparável. Ao conceder uma medida cautelar, o juiz não examina a lide, o direito alegado, mas apenas concede a medida para permitir que o direito que será julgado não pereça ou sofra dano irreparável. Já, na tutela antecipada, o juiz julga o direito pretendido na inicial, reconhece sua procedência e atende ao pedido, apenas com a ressalva do Código de que é um julgamento*

³⁵ Arruda Alvim, ob. cit., pp. 81-82.

³⁶ Nery & Nery, ob. cit., p. 690.

*provisório, e não definitivo (...) A cautelar só é concedida para que assim se possa assegurar o futuro efeito prático da ação principal a ser proposta, diferente da tutela antecipatória, que atende à pretensão constante da inicial de conhecimento, com uma eficácia limitada, pois só autoriza provisoriamente e ainda poderá ser revogada ou modificada pelo próprio juiz que a concedeu.*³⁷

O Professor Cândido Rangel Dinamarco, ao diferenciar a tutela antecipada da tutela cautelar, afirma, com propriedade, que naquela hipótese, diferentemente do que ocorre nesta última, *não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro.*³⁸

4.2 – As chamadas cautelares satisfativas

Segundo os Professores Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, com cujo posicionamento concordamos, não se há de falar mais em cautelares satisfativas: *não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas cautelares satisfativas, que constitui em si uma contradictio in terminis, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, ipso facto, não é cautelar. É espécie do gênero tutelas diferenciadas.*³⁹

Na verdade, era uma impropriedade falar-se nessa espécie de provimento (*cautelar satisfativo*), pois, se é cautelar, não pode ele satisfazer, uma vez que o provimento cautelar, como o próprio termo expressa, visa a acautelar um direito ou um bem que será objeto de discussão em outro processo, já em curso ou não, o processo cautelar visa a assegurar *o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito*

³⁷ Antônio Raphael Silva Salvador, ob. cit., pp. 51-52.

³⁸ Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 139. O Professor Dinamarco transcreve as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, que vêm reforçar o posicionamento adotado: *não é tutela cautelar porque esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado (Novidades Sobre a Tutela Antecipatória, n° 3. p. 106, apud Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit., p. 139).*

³⁹ Nery & Nery, ob. cit., pp. 689-690.

afirmado pelo autor);⁴⁰ logo, não pode satisfazer, *juridicamente*, muito embora na prática isso possa acontecer.⁴¹

Já o Professor Arruda Alvim, embora sustentando não ser inteiramente adequada a denominação *cautelar satisfativa*, parece entender no sentido da subsistência dessa espécie de provimento, mesmo após o advento da Lei nº 8.952/94, que introduziu a tutela antecipatória, tendo em vista a amplitude da cautelar, que supera a da tutela antecipada: *O que deve informar o agir e decidir prudente do magistrado é a suficiência ou a idoneidade da medida adiantada. Se o juiz entender pela presença dos pressupostos da lei, imprescindível adiantar, total ou parcialmente, praticamente, a eficácia da sentença, deverá fazê-lo. Mas as medidas cautelares ditas satisfativas podem ter o mais variado âmbito (arts. 798 e 799 do CPC), ao passo que a tutela antecipatória do art. 273, I, só poderá adiantar, pela decisão concessiva, produção de efeitos da pretensão, por entendê-la convictamente o juiz, si et in quantum, verossimelmente fundada.*⁴²

E continua o Professor Arruda Alvim: *Possivelmente, uma diferença fundamental, do ponto de vista de sua operatividade, entre a tutela cautelar satisfativa e a tutela antecipada residirá em que, para aquela, o juiz poderá concedê-la, se necessária para evitar o perecimento do direito (= pretensão do autor), ainda mesmo antes da própria propositura da ação principal, contentando-se como fumus boni iuris, ao passo que na tutela antecipada do art. 273, I, o seu grau de segurança será maior e, conseqüentemente, as hipóteses de provisoriedade haverão de ser em número menor. De qualquer forma, a tutela antecipada pressupõe a propositura da ação, pois é ela concedida no próprio*

⁴⁰ Nery & Nery, ob. cit., p. 690.

⁴¹ Afirma, com propriedade, o Professor Arruda Alvim (ob. cit., p. 82, nota 5): *A expressão satisfativas, no âmbito das medidas cautelares, não é uma expressão inteiramente correta, exatamente porque as cautelares, por definição, não satisfazem. Sem embargo disto, pode, até mesmo, verificar-se uma coincidência, no plano prático ou empírico entre a medida cautelar, dita satisfativa, e o resultado favorável do processo (...)* Mas é evidente que são diferentes os títulos jurídicos, pelo qual se concede a cautelar e aquele pelo qual se concede a procedência da ação principal (...).

⁴² Arruda Alvim, ob. cit., p. 82, nota 4.

*processo. Diferem, ainda, em que, na hipótese, v.g., dos arts. 798 e 799, há um leque de medidas possíveis (medidas provisórias que julgar adequadas), ao passo que, no caso do art. 273, I, a medida deverá consistir na própria procedência do pedido, ainda que com o caráter de provisoriedade e da reversibilidade, mas com tendência à definitividade.*⁴³

Ressalte-se que as cautelares satisfativas eram havidas como excepcionais, enquanto a tutela antecipatória (art. 273, I) pode ser reputada própria do processo de conhecimento e, pois, *não tendo tão acentuadamente a marca de excepcionalidade.*⁴⁴

5. DIFERENÇAS ENTRE A TUTELA ANTECIPADA E O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Não se há de confundir, também, a tutela antecipatória com o julgamento antecipado da lide, uma vez que, na primeira hipótese, há tão-somente a concessão de medida equivalente ao pedido formulado pelo autor, *parcial ou totalmente*, que não se reveste de coisa julgada material, por tratar-se de interlocutória, *impugnável, via de consequência, por meio do recurso de agravo de instrumento.*⁴⁵ No julgamento antecipado, diferentemente, estamos diante de julgamento final, de mérito, que se caracteriza pela imutabilidade do comando contido na parte dispositiva da sentença, *coisa julgada*, sendo impugnável, portanto, por meio de recurso de apelação, art. 330, I e II, do CPC.

Nesse sentido, as palavras dos Professores Nelson Nery Jr. e Rose Nery: *Além de ser medida distinta das cautelares, a tutela antecipatória também não se confunde com o julgamento antecipado da lide (CPC, 330). Neste, o juiz julga o próprio*

⁴³ Arruda Alvim, ob. cit., p. 107.

⁴⁴ Arruda Alvim, ob. cit., p. 78.

⁴⁵ Não cabe agravo retido, pois o recorrente não tem interesse recursal para a interposição deste, *uma vez que só lhe teria utilidade a concessão (ou cassação, para a parte contrária) imediata da liminar. De nada lhe adiantaria aguardar a sentença de mérito e, só depois, quando de eventual apelação, reiterar o agravo retido nas razões ou contra-razões de apelação (CPC, 523, § 1), cf. Nery & Nery, ob. cit., p. 694.*

*mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC, 269). Nos casos do CPC, 273, o juiz antecipa os efeitos da sentença de mérito, por meio de decisão interlocutória, provisória, prosseguindo-se no processo. No julgamento antecipado da lide, há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material; na tutela concedida antecipadamente há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não está sujeita à coisa julgada material.*⁴⁶ No mesmo sentido se pronuncia Antônio Raphael Silva Salvador.⁴⁷

6. LEGITIMIDADE PARA REQUERER A TUTELA ANTECIPADA

Apenas o autor tem legitimidade para requerer a tutela antecipatória e não o réu, tendo em vista que somente o autor formula pedido. O réu não pede, mas apenas impede, *resiste*, ou tenta impedir.

Manifestam-se, nesse sentido, Nery & Nery: *Somente o autor pode beneficiar-se da tutela antecipatória. É o autor quem deduz pretensão em juízo, de sorte que só ele pode fazer pedido. Quando o CPC, 273, caput autoriza a antecipação dos efeitos contidos no pedido, está limitando a concessão do adiantamento ao que tiver sido deduzido, em forma de pedido, na ação judicial. A redação do caput do CPC, 273 comporta pequeno reparo, pois se utiliza do pleonismo pedido inicial, quando não há pedido que não seja deduzido por petição inicial.*⁴⁸

Pode também o Ministério Público requerer a medida quando estiver atuando como parte ou como *custos legis*, pois, consoante o disposto no art. 82 do CPC, ele tem os mesmos poderes e os mesmos ônus que as partes.

⁴⁶ Nery & Nery, ob. cit., p.690.

⁴⁷ Antonio Raphael Silva Salvador, ob. cit., p. 52

⁴⁸ Nery & Nery, ob. cit., p. 690.

Pode o MP requerê-la, quer atue como parte (CPC, 81) quer como fiscal da lei (CPC, 82), no processo civil, pois tem os mesmos poderes e os mesmos ônus que as partes. O promotor de justiça que atue na defesa de incapaz, por exemplo, pode requerer, em favor do incapaz, a tutela antecipada. O MP, neste caso, não está fazendo pedido em sentido estrito, pois este já fora feito pela parte, atuando o MP apenas na busca dos efeitos do pedido pleiteado pela parte.⁴⁹

Os processualistas Nelson Nery Júnior e Sérgio Bermudes admitem esse pedido pelo Ministério Público se aquele que justificou sua intervenção (menor, incapaz, acidentado, etc.) é autor na ação, pois não haveria pedido a favor do Ministério Público, mas sim do incapaz, que tem o Órgão a protegê-lo processualmente.⁵⁰

Podem, também, requerer a antecipação de tutela o denunciante, o oponente, o assistente simples, *desde que com o consentimento do autor assistido*, o assistente litisconsorcial, *independentemente da vontade do autor assistido*, o réu reconvinente, o autor da ação declaratória incidental, o réu nas ações dúplices, *neste caso, poderá, na própria contestação, requerer a tutela antecipatória*, enfim, todos aqueles que deduzem pedido em juízo podem pedir sejam os efeitos da sentença antecipados. Os Professores Nery & Nery se posicionam nesse sentido: *A legitimidade para requerer a antecipação da tutela é estendida, em tese, a todos aqueles que deduzem pretensão em juízo.⁵¹* Também é essa a opinião de Antônio Raphael Silva Salvador.⁵²

7- EXECUÇÃO PROVISÓRIA - ARTIGO 588, I E II, DO CPC

Como a hipótese é de medida de natureza executiva *lato sensu*, temos que a sua execução, de acordo com o disposto no § 3º do

⁴⁹ Nery & Nery, ob. cit., p. 691.

⁵⁰ Antônio Raphael Silva Salvador, ob. cit., p. 53.

⁵¹ Nery & Nery, ob. cit., pp.690-691.

⁵² Antônio Raphael Silva Salvador, ob. cit., pp. 52-53.

art. 273, deve ser feita sob o regime da execução provisória, no que concerne à impossibilidade de se praticar atos que importem alienação do domínio, bem como de se levantar dinheiro sem caução idônea, inc. II do art. 588, e ainda, à responsabilidade do autor quanto à restituição das coisas ao estado em que se encontravam anteriormente, na hipótese de sentença final ser-lhe desfavorável, modificando ou anulando a decisão que foi objeto da execução, inc. III e parágrafo único do art. 588.

Com relação ao *risco pessoal-patrimonial do autor*, vale transcrever as palavras do Professor Arruda Alvim: *O risco pessoal-patrimonial do autor, que requer e obtém a tutela antecipatória, em caso de reversão do resultado em que se antecipara a tutela é, como se disse, assumido por esse, pois que a tutela depende de pedido, devendo ser concedida, se for o caso, na medida desse pedido, em que poderá o autor, inclusive, restringir o âmbito do pedido da demanda (art. 273, caput); ademais, a realização do seu direito far-se-á por sua conta e risco e se sobrevier sentença em sentido contrário à decisão antecipadora da tutela (art. 273, § 5º) ou, então, decisão incidente mesmo (art. 273, § 4º); ou, ainda, se o tribunal reformar a decisão em que se antecipou a tutela, ou, reformando a sentença que no processo venha a ser proferida, cessará a tutela e incidirá o art. 588, II e III (no que couber), todos do Código de Processo Civil.* E a responsabilidade pelos atos de execução/realização do direito, no caso, é objetiva, prescindindo-se de qualquer cogitação atinente à culpa.^{53 e 54}

53

Com relação à responsabilidade, vale lembrar que ela é objetiva, nos termos do art. 811 do CPC, relativo às medidas cautelares, podendo-se aplicar, no nosso sentir, o preceito contido no art. 574 do CPC. Nesse sentido é a opinião dos Professores Nery & Nery (ob. p. 694): *Deve ser utilizado, por extensão, o sistema do CPC, 811, de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta: havendo o dano e provado o nexo de causalidade entre a execução da medida e o dano, há o dever de indenizar.* Entende, por outro lado, Antônio Raphael Silva Salvador (ob.cit., p. 60) que, *havendo para o réu prejuízo na execução daquela medida, terá ele direito à reparação, só que em processo próprio, por não haver, aqui, a autorização especial que existe no art. 811, parágrafo único, do Código de Processo Civil, embora entenda ser ela objetiva: essa responsabilidade pela reparação dos prejuízos causados será objetiva, bastando a prova do dano e da revogação ou modificação da medida concedida, no julgamento final ou antes dele.*

54

Arruda Alvim, ob. cit., pp. 91-92.

Lembre-se que a concessão da tutela antecipatória se dá por meio de decisão interlocutória, devendo o processo prosseguir até final julgamento, consoante o disposto no § 5º do art. 273.

Ressalte-se que o §3º supracitado apenas se refere aos incs. II e III do art. 588, não aludindo ao inc. I; logo, não se verifica a necessidade de o autor prestar caução, com o fito de obter a tutela antecipada.⁵⁵

8 – IRREVERSIBILIDADE DOS FATOS – ARTIGO 273, §2º, DO CPC

Consoante o disposto no § 2º do art. 273, ensejando o provimento uma situação de fato irreversível, resta vedada a concessão da tutela antecipatória dos efeitos da sentença. O provimento, como não se reveste de coisa julgada material, não será nunca irreversível, juridicamente, mas pode gerar uma situação de irreversibilidade fática e, nessa hipótese, não será viável a tutela.

Consoante afirma Antônio Raphael Silva Salvador, a intenção do legislador, ao prever a inviabilidade da tutela antecipada na hipótese em tela, foi a de *proteger o réu dos danos que a tutela antecipada possa causar e que poderão ser irreversíveis, produzindo consequências que se tornariam impossíveis de modificação, ou onde mesmo uma eventual reparação fundada em perdas e danos não conseguiria melhorar a situação do réu.*⁵⁶

Entendem os Professores Nery & Nery não ser tal irreversibilidade óbice à concessão da medida: *De toda sorte, essa irreversibilidade não é óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida.*⁵⁷

⁵⁵ Nery & Nery, ob. cit., p. 694.

⁵⁶ Antônio Raphael Silva Salvador, ob. cit., p. 59.

⁵⁷ Nery & Nery, ob. cit., p. 694.

Registre-se as palavras do Professor Arruda Alvim sobre a questão ora proposta: *Se inexistisse o texto do art. 273, §2º, e, pois, a realização prática ou a execução do conteúdo da tutela concedida antecipadamente ao autor criasse uma situação irreversível, certamente sentido algum teria mesmo, sequer, em prosseguir no processo, para vir a ser proferida outra sentença, em que, hipoteticamente, poder-se-ia vir a alterar a decisão em que se concedera antecipadamente a tutela. Se a situação criada pela concessão da tutela fosse irreversível, essa tutela concedida seria definitiva, no sentido de não poder mais vir a ser desfeita, ainda que, em tal hipótese, se pudesse pensar em dever o autor vir a pagar perdas e danos ao réu. A reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da Constituição, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado sem o devido processo legal, e, ainda, teria sido esse alguém privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).*⁵⁸

9. HIPÓTESES DE CABIMENTO SOB A VISÃO DOS ÓRGÃOS JULGADORES

É possível a concessão da tutela antecipatória dos efeitos da sentença em todas as espécies de ação de conhecimento - declaratória, constitutiva e condenatória - sendo possível, também, nas ações possessórias de força velha, *posse de mais de ano e dia*⁵⁹, bem como nas ações rescisórias.⁶⁰

⁵⁸ Arruda Alvim, ob. cit., pp. 93-94.

⁵⁹ Antônio Raphael Silva Salvador, ob. cit., p. 54.

⁶⁰ Segundo Antônio Raphael Silva Salvador, não é possível a medida em ações rescisórias: *Na ação rescisória, alguns eméritos processualistas, igualmente, admitem, em casos especiais, a tutela antecipada, do que nós, respeitosamente, discordamos. Na ação rescisória, o julgamento é coletivo, feito no tribunal, pelo órgão colegiado competente, que só será chamado ao julgamento quando todo o processo estiver pronto. O relator, que está dirigindo a instrução da rescisória, não tem competência para julgamento de mérito sobre a ação, entregue, sim à competência do Tribunal, por sua Turma Julgadora. Sendo a tutela antecipada um julgamento da pretensão, do mérito ali exposto, falece ao relator qualquer competência para esse julgamento da lide, apenas lhe cabendo realizar a instrução da causa e o exame das condições da ação ou dos pressupostos processuais, até mesmo de eventual pedido cautelar, mas não julgamento de mérito, ainda que em tutela antecipada, que não é de competência do*

*Cabe essa antecipação da tutela em todas as ações de conhecimento, quer sejam condenatórias, constitutivas ou meramente declaratórias (e até as mandamentais, para os que admitem sua existência). Também não importa qual o procedimento cabível para a ação de conhecimento, podendo ser o rito ordinário, o sumário ou o especial.*⁶¹

Não cabe em processos cautelar e de execução:⁶² *Nas primeiras porque ali não haverá julgamento do mérito, da lide, que ficará para apreciação na lide principal. A pretensão cautelar é só de proteção ao direito ameaçado de perda irreparável ou de difícil reparação, enquanto se aguarda seu julgamento na ação principal (...) Na execução, não há sentença de mérito que pudesse ser objeto de tutela antecipada.*

Quanto às ações em que se discute direito indisponível, verifica-se um dissenso na doutrina; segundo Nery & Nery: *a natureza do direito não constitui parâmetro sério para o exame do pedido de tutela antecipada. Como não há nenhuma restrição na lei, a medida é cabível quer a demanda trate de direitos disponíveis quer de indisponíveis;*⁶³ segundo Arruda Alvim, não é

juiz singular, mas do órgão julgador coletivo (ob. cit., p. 53). Diferentemente, entendem os Professores Nery & Nery no sentido da admissibilidade da tutela antecipada nas ações rescisórias: Na ação rescisória, em tese, pode ser concedida a antecipação da tutela. O relator deverá ter a prudência de observar os requisitos legais para a concessão da medida, atentando também para o CPC, 489, que dispõe não haver suspensão dos efeitos da sentença ou acórdão rescindendo pelo simples ajuizamento da rescisória. Tem-se, entretanto, abrandado o rigor do CPC, 489, admitindo-se, por exemplo, medida cautelar em ação rescisória, em casos excepcionais, com o objetivo de impedir a eficácia da decisão impugnada. Vislumbrando o relator que o pedido contido na rescisória é fundado (CPC, 273, caput), e que o atraso na entrega da prestação jurisdicional poderá tornar ineficaz o direito do autor (CPC, 273, I), pode conceder o adiantamento, em nome da efetividade do processo, que deve ser buscada e implementada pelo magistrado (ob. cit., p. 692).

⁶¹ Antônio Raphael Silva Salvador, ob. cit., pp. 50, 53 e 54.

⁶² Idem, p. 52

⁶³ Nery & Nery, ob. cit., p. 692. No mesmo sentido é a opinião de Antônio Raphael Silva Salvador: (...) *por não haver qualquer restrição na lei processual, apenas sendo de exigir-se que, antes de qualquer concessão pelo juiz, seja ouvido o representante do Ministério Público, que obrigatoriamente oficiará nos autos, em razão do interesse público ali evidenciado pela qualidade da parte ou do direito em discussão (...). Apenas entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil (...). Pela mesma razão, impossível essa antecipação da tutela em ações que anulem o casamento (art. 475, I) e que julguem*

possível a concessão da medida nessa hipótese: *Parece que haverão de ser excluídos do âmbito da antecipação as hipóteses de direitos indisponíveis, seja objetivamente, seja subjetivamente.*⁶⁴

É cabível, também, na ação de emissão na posse, quando o autor tiver celebrado contrato preliminar de compra e venda, com cláusula para a entrega do bem, sendo outorgada a escritura e pago totalmente o preço, e não proceder o vendedor à entrega do imóvel. Essa é a opinião de Nery & Nery:⁶⁵ (...) *pode o autor ajuizar ação de imissão na posse e pedir, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Nesse caso, há prova inequívoca da alegação (documento comprovando a data para a entrega do imóvel e escritura, comprovando o pagamento do preço e a transferência do domínio), de modo que, pedida a antecipação, o juiz deve concedê-la.* O mesmo exemplo é citado por Antônio Raphael Silva Salvador.⁶⁶

Vale observar que há a possibilidade de se aplicar o art. 273, II, para conceder tutela antecipada na hipótese de ausência de contestação quanto a uma parte do pedido: *Havendo admissão parcial da pretensão pelo réu (...), nada obsta que o autor peça o adiantamento da parte incontroversa, sob a forma de tutela antecipatória, como, aliás, vem previsto no art. 186 bis do CPC italiano (...)* Essa decisão só pode ser proferida a requerimento da parte, vale como título executivo e conserva sua eficácia, ainda que o processo seja extinto sem julgamento do mérito (...) Assim, pode o juiz, a requerimento do autor, antecipar os efeitos executivos da parte não contestada da pretensão do autor, com fundamento no art. 273, II⁶⁷. Registre-se, contudo, que essa situação poderia ser enquadrada na hipótese prevista no art. 269, II, do reconhecimento jurídico do pedido *parcial*, que enseja a

improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 475, III, CPC) (...) Ainda quanto às Fazendas, nada impede que em ações por elas propostas se conceda a medida antecipatória, quando pedida e cabível (ob.cit., pp. 56-67).

⁶⁴ Arruda Alvim, ob. cit., p. 112.

⁶⁵ Nery & Nery, ob. cit., p. 692.

⁶⁶ Antônio Raphael Silva Salvador, ob. cit., p. 56.

⁶⁷ Nery & Nery, ob. cit., pp. 692-693.

extinção do processo com julgamento de mérito, constituindo a sentença, nesse caso, título executivo judicial, hábil à propositura de execução.⁶⁸

Registre-se, ainda, que o art. 461, §3º, do CPC autoriza a tutela antecipada nas ações em que se pleiteia a condenação do devedor a uma obrigação de fazer ou de não fazer, sendo, nesse caso, aplicável tal dispositivo legal e não o art. 273. Dispõe o art. 461:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Exige-se, portanto, menos para a concessão da liminar nos termos do art. 461 do que para a concessão da tutela antecipada, em conformidade com o disposto no art. 273.

Vale transcrever o entendimento dos Professores Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: *É interessante notar que para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação e conhecimento tout court (art. 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC, 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação);*

⁶⁸ Idem, p. 693.

*c) ou o periculum in mora (CPC, 273, I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC, 273,II).*⁶⁹

Dentre as situações de fato que podem ensejar pedidos de tutela antecipada, seja com base no art. 273, seja com base no art. 461, podemos citar: no direito de vizinhança, a construção de um muro ou o conserto de um encanamento; com relação a planos de saúde, a necessidade de expedição de guia de internação face à urgência ou quando não há previsão de UTI no plano;⁷⁰ venda de estabelecimento comercial, quando o contrato não contém cláusula resolutiva expressa, *o inadimplemento enseja o pedido de rescisão do contrato cumulado com a retomada do estabelecimento; protesto indevido, ação declaratória da inexistência da obrigação subjacente ao título cumulado com pedido de cancelamento do protesto; pedido de indenização por danos morais cumulado com pedido de expedição de ofício ao Serviço de Proteção ao Crédito para que seja retirado o nome do autor do cadastro dos inadimplentes; em ação fundada em contrato de seguro, o pedido de levantamento da quantia incontroversa.*

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tutela Antecipatória, in Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed., Saraiva São Paulo, 1996, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pp. 77-112.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do CPC*, Malheiros, São Paulo, 1995.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Sistema Cautelar Brasileiro e Sistema Cautelar Italiano, in Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*, nº 14, abr./jul. de 1996.

⁶⁹ Nery & Nery, ob. cit., p. 831.

⁷⁰ Ressalte-se que, nesses casos, não há necessidade da prova inequívoca conducente à verossimilhança, pois a regra aplicável à espécie é a do § 3º do art. 461, do CPC.

NERY, Nelson & Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 2º ed., RT, São Paulo, 1996.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*, Malheiros, São Paulo, 1995.